

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriitiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Lucas Catib De Laurentiis – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-210-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, sob o tema geral “Direito, Pandemia e Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Centro Universitário Christus – Unichristus e a M. Dias Branco. Trata-se da segunda experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Desigualdade de gênero na política, efeito backlash, democracia participativa e a questão das fake news também estiveram presentes nas discussões do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**MANDADO DE SEGURANÇA PARA A DISPENSA DO USO MÁSCARAS: DA
AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE DISSEMINAR O
CORONAVÍRUS**

**WRIT OF MANDAMUS FOR DISPENSING THE USE OF MASKS: THE ABSENCE
OF A NET RIGHT AND SURE TO DISSEMINATE THE CORONAVIRUS**

Simone Alvarez Lima

Resumo

Para conter a pandemia de coronavírus a Lei nº 13.979/2020 permitiu que Governadores elaborassem decretos com medidas para controlar a disseminação do vírus e, dentre as medidas adotadas, está o uso da máscara com penalidade de multa para quem não usar. Este artigo discute os mandados de segurança impetrados e rebate os argumentos mostrando que não há direito líquido e certo de disseminar a doença, pois a dignidade humana que pressupõe a autonomia privada, também traz o valor comunitário como limitante a esta. Proteger a vida e a saúde de todos é pressuposto de um Estado Democrático.

Palavras-chave: Pandemia, Mandado de segurança, Direito líquido e certo, Dignidade humana, Valor comunitário

Abstract/Resumen/Résumé

In order to contain the coronavirus pandemic, Law no. 13,979/2020 allowed Governors to draft decrees with measures to control the spread of the virus and, among the measures adopted, is the use of the mask with a fine penalty for those who don't use it. This article discusses the writ of mandamus filed and refutes the arguments showing that there isn't liquid and certain right to spread the disease, because the human dignity that presupposes private autonomy, also brings the community value as limitations to this. Protecting everyone's life and health is a prerequisite for a Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pandemic, Writ of mandamus, Liquid and certain right, Human dignity, Community value

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo dissertar a respeito de determinados mandados de segurança impetrados por pessoas que acreditam ter o direito líquido e certo à autonomia perante o Poder Judiciário contra atos de Governadores e Prefeitos em virtude de decretos que determinam a utilização das máscaras faciais protetoras contra o coronavírus.

No primeiro item, enfoca-se um breve histórico do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, assim como também é explicada a aplicabilidade e âmbito de proteção do remédio constitucional, enfocando-se aspectos procedimentais e processuais.

O segundo item, enfoca-se os conceitos de direito líquido e certo

Por fim, o terceiro e último item é destinado a mostrar como as pessoas tem se utilizado do andado de segurança na luta pelo direito que acreditam que têm de não usar a máscara em espaço público e destacar algumas sentenças que denegaram a segurança em prol da saúde pública, utilizando-se, também, da fundamentação processual de que não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Essa pesquisa é relevante em um momento em que percebe-se uma relutância à utilização da máscara facial de proteção, mesmo diante de uma doença mortal oriunda da pandemia de coronavírus, uma doença que já matou quase 200.000 pessoas (e, provavelmente, o número de mortes no Brasil irá ultrapassar este número). Outro aspecto relevante que justifica a elaboração deste artigo científico é a busca para alertar às pessoas de que o mandado de segurança serve para proteger direito líquido e certo e que até mesmo direitos fundamentais encontram limites quando o exercício do direito de alguém invade a esfera dos direitos de outra pessoa.

O método utilizado na elaboração deste artigo foi o dedutivo porque partiu de aspectos gerais do mandado de segurança, como o seu breve histórico e a sua aplicação, para o aspecto específico, que é a utilização do mandado de segurança em virtude dos decretos que determinam a utilização da máscara e determinam uma penalidade para quem o descumpre. Os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica e documental, eis que foram utilizados livros, artigos científicos e jurisprudências de diferentes tribunais. Foi privilegiada a análise qualitativa dos dados levantados, ao invés da quantitativa por não ter sido destacado aspectos numéricos sobre a quantidade de mandados de segurança impetrados.

1. DA APLICABILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA

Ao lado do habeas corpus e do habeas data, o mandado de segurança é um dos instrumentos que asseguram e promovem os direitos fundamentais. De acordo com Ramos (2019, p. 817), foi inserido, pela primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 113, alínea 33, da Constituição Federal brasileira de 1934, que positivou que “dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.”

Percebe-se que está na Constituição de 1934 a origem do termo direito líquido e certo.

O mandado de segurança apenas não esteve presente na Constituição de 1937, o que levou a muitas pessoas cogitarem sobre a sua extinção do ordenamento pátrio e, para evitar dúvidas, foi editado o Decreto-lei nº 06, de 16 de novembro de 1937 que, apesar de mencionar a sobrevivência do instituto, restringiu a legitimidade passiva. De acordo com o art. 16 do mencionado Decreto, “continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos Ministros de Estados, Governadores e Interventores.”

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937 trouxe mais uma restrição, impedindo o uso do mandado de segurança contra atos da Administração do Distrito Federal e contra os atos do Prefeito, a partir da Constituição de 1937. Durante o período em que não esteve previsto na Constituição Federal, o mandado de segurança ficou disciplinado no Código de Processo Civil de 1939, inserido no rol dos procedimentos especiais. (FACCI,

Destaca-se que quando o mandado de segurança surgiu no direito brasileiro, não existia instrumento jurídico similar no direito estrangeiro, salvo os writs do direito anglo-americano e o recurso de amparo existente no México. Todavia, a fonte do mandado de segurança brasileiro foi o habeas corpus, presente na Constituição de 1891, destinado à proteção do direito de locomoção e “de quaisquer outros direitos e garantias fundamentais, desde que certos e incontestáveis.” (DANTAS, 2019, p. 23)

O art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, estabelece que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus e habeas data”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.”

Assim, o mandado de segurança é o remédio constitucional conferido aos indivíduos que precisam defender-se de atos ilegais ou praticados com abuso de poder, caracterizando-se como uma ação protetiva à liberdade civil e à liberdade política. Moraes (2007, p. 136) ensina que “o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários e os atos vinculados, pois nos primeiros, apesar de não de poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato.”

Como será visto no próximo item, decretos regulamentares são criados por disposição da lei a qual ele irá regulamentar, então, o impetrante deve questionar se as leis reguladas estão de acordo com a Constituição Federal e se é o caso de ato vinculado ou discricionário.

Trata-se de uma ação constitucional, de natureza civil, contudo, sua natureza civil não impede o ajuizamento de mandado de segurança em matéria penal, podendo ser considerada autoridade coatora um juiz criminal, por exemplo.

A respeito do âmbito de incidência, de acordo com Mendes e Branco,

o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração. (MENDES e BRANCO (2018, p. 460)

A inquestionabilidade é essencial em virtude de não haver, no procedimento do mandado de segurança, dilação probatória, logo, é essencial demonstrar a prova do direito violado (prova pré-constituída), eis que não haverá outro momento para juntar provas e nem haverá audiência de instrução e julgamento. Pinho traz algumas considerações a respeito dos requisitos direito líquido e certo:

Quando se afirma que é necessária a existência de direito líquido e certo, está a se afirmar que os fatos alegados estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada de documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de prova pré-constituída e documental. Se for necessária a realização de audiência ou a produção de provas, não se estará diante de um direito comprovado de plano, cabendo ao seu titular se utilizar das vias ordinárias, onde é cabível a ampla dilação probatória (...). O que se exige como direito líquido e certo é, então, que a afirmação da existência do direito seja provada de logo, sendo vedada a instrução probatória no writ. (PINHO, 2018, p. 834)

A única hipótese em que o impetrante fica dispensado de comprovar o seu direito é quando a autoridade coatora admitir que os fatos alegados pelo autor são verdadeiros, em

virtude dos fatos passarem a ser considerados incontroversos, logo, o direito se tornará líquido e certo. Fora desta hipótese, se o autor não comprova a liquidez e a certeza do seu direito, a segurança será denegada. (PINHO, 2018, p. 835)

Quanto à legitimidade ativa, o mandado de segurança pode ser impetrado por pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, na defesa de seus direitos individuais. De acordo com Mendes e Branco (2018, p. 468), “a jurisprudência é bastante estrita, recusando a possibilidade de impetração do mandado de segurança para defesa de interesses outros não caracterizáveis como direito subjetivo.”

Ramos (2019, p. 817) deixa claro que o mandado de segurança serve para combater condutas (comissivas ou omissivas) que sejam ilegais ou fruto de abuso de poder imputadas à autoridade pública ou agente privado no exercício do Poder Público.

O mandado de segurança possui os seus procedimentos regradados pela Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, de caráter mandamental, com rito próprio e célere, pois se postula a concessão de ordem contra a autoridade coatora para que esta se abstenha ou cesse de lesar a esfera jurídica do impetrante.

Desde 20 de março de 2020, com a promulgação do Decreto nº 6, o Brasil se encontra em estado de calamidade pública em virtude da pandemia de coronavírus (COVID-19), o qual tem um efeito devastador sobre o organismo humano e que já levou em torno de 100.000 pessoas ao falecimento.

Atualmente, o mandado de segurança tem sido utilizado por pessoas que têm desejam a dispensa do uso da máscara, se amparando em dois argumentos básicos: que a imposição do uso da máscara afeta o direito à autonomia privada e à autodeterminação do indivíduo e na suposta inconstitucionalidade dos decretos regulamentares que trazem penalidades contra aqueles que não usarem máscara facial protetora nos lugares públicos. Assim, o item a seguir é dedicado a discutir se há direito líquido e certo de não usar a máscara em um momento de pandemia e sob a égide de um estado de calamidade pública.

2. DA AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE NÃO USAR A MÁSCARA

É preocupante o fato de existirem modelos na internet de mandados de segurança contra a utilização do uso da máscara e pessoas interessadas em exercer o “direito” de não usar a máscara protetora contra o coronavírus, que acreditam possuir. De fato, há situações que merecem maior consideração, como, por exemplo, pessoas acometidas por asma ou outras doenças crônicas pulmonares obstrutivas.

Entretanto, a situação é diferente quando se trata de pessoas saudáveis que não terão a sua respiração afetada pelo uso da máscara. Neste caso, é válido trazer a discussão sobre a autonomia privada e o valor social como componentes da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é basilar do ordenamento jurídico brasileiro e a dignidade como autonomia envolve o direito de autodeterminação aos indivíduos, de modo que ele decida os rumos de sua vida desenvolva, com liberdade, a sua personalidade.

Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade. No plano jurídico, a autonomia envolve uma dimensão privada, outra pública e tem, ainda, como pressuposto necessário, a satisfação do mínimo existencial. (BARROSO, 2019, p. 248)

Desse modo, é evidente que para garantir a dignidade da pessoa humana, o Estado não pode interferir nas escolhas existenciais do indivíduo, dentre as quais não estão englobadas a utilização de um acessório recomendado pela maior autoridade em matéria de saúde que é a Organização Mundial da Saúde.

Ainda seguindo a discussão a respeito da interferência estatal e o exercício do poder de polícia exercido pela Administração Pública no tocante ao estabelecimento de multas para aquele que se recusa a usar a máscara em lugares públicos, ressalta-se o fato de que a dignidade humana, além de envolver a autonomia pública e privada, também engloba o chamado valor comunitário, que é o elemento social da dignidade humana, ou seja, a relação entre o indivíduo e o grupo em que vive. Neste caso, não é possível falar em dignidade dispensada dos valores compartilhados pela comunidade, padrões civilizatórios e ideais do que deve ser uma vida boa. Neste sentido, seguem os ensinamentos de Barroso:

A autonomia individual desfruta de grande importância, mas não é ilimitada, devendo ceder em certas circunstâncias. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover, sobretudo: a) a proteção dos direitos de terceiros: a autonomia individual deve ser exercida com respeito à autonomia das demais pessoas, de seus iguais direitos e liberdades (...); b) proteção do indivíduo contra si próprio: em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, suscetíveis de lhes causar lesão. Assim, portanto, é possível impor o uso de cinto de segurança ou de capacete (...); c) proteção de valores sociais: toda

sociedade, por mais liberais que sejam seus postulados, impõem coercitivamente um conjunto de valores que correspondem à moral social compartilhada. (BARROSO, 2019, p. 248-9)

Logo, verifica-se que a autonomia da vontade não é absoluta, ainda que seja um dos componentes do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao questionar eventual dano à dignidade em virtude da limitação à autonomia privada, o intérprete da lei, no caso dos mandados de segurança, o juiz, deve verificar se aquela autonomia tem aptidão de ferir o direito de terceiros.

O não uso da máscara fere o direito de terceiros que transitam na rua, por necessidade ou não, e são titulares do direito à vida, integridade física, psíquica e à saúde. É dever tanto do Estado e da sociedade preservar tais direitos de outrem, afinal, em virtude da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esses direitos têm como destinatários tanto o Poder Público quanto os particulares que precisam não interferir no direito fundamental alheio.

Destaca-se que o art. 3º da Constituição Federal estabelece que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Neste diapasão, não se pode esquecer que a população de rua, por exemplo, encontra-se extremamente vulnerável por não ter como se proteger. O Estado também tem o dever de proteger essas pessoas do egoísmo alheio. Se cada pessoa decide não usar a máscara, muitos serão contaminados e não terão como lutar contra os efeitos do vírus em seu organismo.

Habitamos o mesmo planeta, mas temos condições absolutamente desiguais de vida e, portanto, de reação a pandemias. Quem não tem casa, não pode fazer isolamento físico. Quem não tem trabalho, não consegue se alimentar adequadamente, não tem saneamento básico e, portanto, não terá as condições para enfrentar o vírus e a doença. A doença não atingirá nossos corpos da mesma maneira. E mesmo que tenha sido disseminada entre pessoas privilegiadas que viajam em aviões, muitas das quais fatalmente atingidas por seus efeitos, o fato é que a doença fará muito mais vítimas entre os vulneráveis, que são a maioria, especialmente em países recordistas em desigualdade como o Brasil. Diante de tantas constatações, cada vez mais visíveis e irrecusáveis, a COVID-19 deveria nos impedir de seguir fingindo que a desigualdade social é uma fatalidade, em relação a qual não temos responsabilidade alguma. (SEVERO, 2020, p. 220)

No tocante ao fato de que o Estado pode intervir na autonomia quanto a proteção contra a si próprio, isso se justifica porque o próprio Estado brasileiro reconhece a deficiência de seu sistema de saúde, o qual não estava preparado para uma pandemia de um vírus com alto poder de contágio e mortal. Está-se diante de uma situação em que nem mesmo a judicialização do direito à saúde tem trazido a solução esperada, pois vai além de questões orçamentárias, como ar reserva do possível. A gravidade do problema é a possibilidade fática, falta de

equipamentos, falta de vacina, falta de médicos. Toda essa gravidade justifica a interferência estatal.

Destaca-se que no Rio de Janeiro chegou-se a elaborar um protocolo sobre qual paciente iria par o leito com respirador por meio de uma avaliação de pacientes que somariam notas de 0 a 24, no qual o médico deveria considerar funcionamento de órgãos como pulmões, rins e coração; se o paciente possui doenças preexistentes, como diabetes e hipertensão; idade, sendo que o jovem teria prioridade. Quanto menor a pontuação, mais chance teria a pessoa de receber o tratamento médico necessário e, de modo inverso, quanto maior a pontuação, mais o paciente chances de ficar no final da fila de atendimento, o que, acarretaria a provável morte deste que foi preterido. (TV GLOBO, 2020)

Para evitar que haja uma intromissão indevida do Estado, Barroso (2019, p. 249) sugere que se verifique se há algum conflito com o direito fundamental alheio, se há consenso social forte sobre o tema e a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. Do contrário, eventual interferência configurará paternalismo.

Compreendido que a autonomia privada e a autodeterminação contidos no princípio da dignidade da pessoa humana não são valores absolutos, passa-se a análise do direito à saúde como um direito social, logo, amparado no princípio da universalidade.

Garschangen (2019, p. 156) entende que o Estado acabou assumindo uma tarefa muito difícil de ser cumprida, chegando a chamar os constituintes de irresponsáveis por terem prometido uma impossibilidade. O autor ressalta que, em virtude do art. 196, “ o poder público deve empreender todos os esforços para que a norma constitucional que o define não seja uma letra morta da lei.”

Antes do número de vítimas alcançar um número alarmante, a recomendação do Ministério da Saúde brasileiro era a de que a pessoa apenas procurasse um hospital no caso de piora dos sintomas, o que, provavelmente, motivou o aumento do número de vítimas. Mas, na realidade, isso é apenas uma recomendação de um Sistema de Saúde fracassado:

Criado o problema, o governo lida com as consequências negativas com mais intervenção. O equívoco é conduzido com o objetivo de controlar a demanda pelo serviço e, assim, limitar, por meio de várias burocracias insidiosas, o número de visitas ao médico, o número de testes de diagnósticos, o número de hospitalizações, cirurgias etc. A consequência para a pessoa que precisa do serviço é só ser atendida “quando um conjunto de sintomas é perceptível”. E só será hospitalizada ou submetida à cirurgia se estiver acima de certa idade. Caso contrário, o paciente é rejeitado, popularmente, ficará na fila esperando até desistir. (GARSCHANGEN, 2019, p. 157)

Outro argumento trazido é a ofensa ao princípio da legalidade. Por mais que a máscara seja recomendada pela Organização Mundial da Saúde, pelo Ministério da Saúde e por médicos, muitas pessoas relutam em utilizar as máscaras, argumentando que a imposição fere seus direitos individuais, especialmente, os relacionados à liberdade, voltados para a proteção do indivíduo em face do Estado, cuja inspiração adveio das ideias libertárias do Iluminismo. (BARROSO, 2019, p. 493)

O direito à legalidade está expresso no art. 5º, II da Constituição Federal, que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” A submissão à lei não significa perda de liberdade, eis que ninguém é obrigado a se submeter ao arbítrio de outrem, senão da lei, a qual é imposta a todos.

Nenhum direito fundamental é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Os direitos fundamentais entram em constante colisão com as demais normas constitucionais e, no caso do uso da máscara facial protetora, há o choque entre o princípio da liberdade de uma pessoa e o direito à saúde e à vida das demais.

Não há como negar a ausência de legislação sobre a utilização de máscara, eis que diversos decretos e legislações determinam a utilização da máscara sob pena de multa. Esse tipo de lei foi estimulada pela Organização Mundial da Saúde, segundo a qual é necessário que os países adotem medidas profiláticas. A Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 dá a liberdade para que as autoridades locais adotem as medidas necessárias para a contenção da pandemia e Governadores e Prefeitos obrigaram a utilização da máscara.

As medidas, de acordo com o art. 3º, §1º, devem ser determinadas com base em evidências científicas e em informações estratégicas de saúde.

O uso de máscaras pela população estava sendo orientada pelo Ministério da Saúde, por meio da Nota Informativa nº 3/2020-CGGAP/DESF/SAPS/MS, o qual não tornava o uso obrigatório, mas, em virtude do rápido aumento do contágio, as máscaras faciais protetoras se tornou essencial na prevenção do coronavírus.

Regulamentando a Lei nº 13.979/2020, em diversos Estados foram promulgadas legislações referentes ao uso da máscara, tais como São Paulo, por meio do Decreto Estadual nº 64.949; Rio de Janeiro, por meio do Decreto Estadual nº 47.060; Ceará, pelo Decreto Estadual nº 33.608; Amazonas, pelo Decreto Estadual nº 42.278, etc. Assim, em virtude de o decreto ser uma lei, é possível que as pessoas sejam obrigadas a usar a máscara porque a obrigação é oriunda de lei.

Assim, em virtude da colisão entre direitos fundamentais, como autonomia privada, autodeterminação, direito à vida, direito à saúde, não é possível dizer que há direito líquido e

certo a não utilização da máscara, pois a dignidade da pessoa humana não é um valor a ser verificado apenas sob a ótica individualista da autonomia, mas, também, sob a ótica comunitária. Além disso, diante da colisão de direitos fundamentais, é correto recorrer à ponderação de direitos. Se até em situações normais é necessário ponderar qual direito fundamental deve prevalecer, diante de uma pandemia e um estado de calamidade pública é impossível dispensar, no mínimo, a dilação probatória.

Assim, o rito do mandado de segurança não é procedimentalmente correto quando se deseja não usar a máscara de proteção e o intérprete que entende que há direito líquido e certo à dispensa do acessório, no mínimo, está agindo precipitadamente, dispensando a necessária ponderação entre direitos fundamentais.

Em Criciúma, foi promulgado o Decreto Municipal nº 815/2020, que, em seu art. 2º, §1º ficou estabelecida a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transporte público, sob pena de multa no valor de R\$ 1.971,00, por configurar infração sanitária prevista no art. 13 da Lei Municipal nº 6000/2011.

Decretos, de fato, por terem função regulamentar deveriam se ater à lei e, por isso, quem impetra mandado de segurança contra os decretos legislativos que impõem o uso da máscara alegam que extrapolam o limite regulamentar e, por isso, o próximo e último item do presente artigo disserta a respeito de alguns mandados de segurança que foram impetrados e como o Poder Judiciário os têm decidido.

3. DECISÕES DE NÃO CONCESSÃO DA SEGURANÇA

Quem tenta buscar a inconstitucionalidade dos decretos por meio de mandado de segurança argumenta que os decretos que estabelecem penalidades ao não uso da máscara possuem efeitos concretos, sendo leis apenas no sentido formal, eis que editadas pelo Poder Legislativo, entretanto, são “verdadeiros atos administrativos em sentido material (no tocante ao conteúdo), sem o caráter de abstração e generalidade, uma vez que destinadas a reger relações de pessoas determinadas.” (DANTAS, 2019, p. 390)

Nem todo decreto parlamentar é passível de controle de constitucionalidade, pois o único que pode é o decreto autônomo. O decreto que tem como finalidade regulamentar uma determinada lei, não pode ser objeto das ações do controle de constitucionalidade porque eles

não inovam no ordenamento jurídico, e, por isso, apenas pode ter o controle de legalidade auferido.

De acordo com o impetrante do mandado de segurança Y.C., não havia previsão legal que determinasse o uso de máscaras obrigatoriamente, que Decretos são normas jurídicas que visam garantir a fiel execução das leis e, por isso, não podem restringir ou ampliar o que está na lei.

Argumenta-se que tais decretos são inconstitucionais. Vasconcelos, ao abordar o Decreto nº 64.959, de 04 de maio de 2020, explica que é inconstitucional porque entende que o Governador não tem poder de suprimir ou modificar artigos de lei.

No Mato Grosso, a Defensoria Pública entendeu que o Decreto Municipal de 13 de abril de 2020, que estabeleceu multa é ilegal e inconstitucional por cominar uma penalidade que não tem respaldo na lei e que a Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, que estabeleceu medidas sanitárias de combate ao coronavírus, não menciona multa em virtude do não uso de máscara. (PONTO NA CURVA, 2020)

A primeira questão a responder é se as leis e os decretos que determinam o uso da máscara são destinados a pessoas particulares e a resposta imediata é negativa, afinal, ninguém está livre da utilização da máscara, nem mesmo crianças. O Estado assumiu, em virtude do art. 196, o dever de garantir a saúde para todos, eis que seu teor é: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Em 30 de julho de 2020, no mandado de segurança nº 5012341-69.2020.8.24.0020/SC, O juiz proferiu uma decisão que desagradou o autor que desejava andar livremente sem máscara, alegando ilegalidade e inconstitucionalidade de normas municipais que obrigam o uso da máscara sob pena de multa.

Fosse o impetrante o último e único indivíduo morador de Criciúma (ou afinal o último habitante do planeta, uma vez que se cuida de pandemia e como o próprio nome sugere trata-se de uma epidemia global) não haveria o menor problema para que o mesmo circulasse livremente sem máscara e ficasse exposto ao vírus Covid-19 (ou a qualquer outra moléstia letal transmissível) por sua livre e espontânea vontade, uma vez que não transmitiria seus males para quem quer que seja. Mas não é esta a realidade. (MS 5012341-69.2020.8.24.0020/SC. Decisão em:30 de julho de 2020)

O juiz da 2ª Vara de Criciúma considerou que o Brasil vive um momento excepcional e que a máscara não é para mera proteção individual, mas, também, um instrumento de proteção

ao outro. O impetrante não é imune ao vírus e, por isso, passível de ser contaminado, logo, por questão de ética individual e coletiva, esta última no tocante à proteção de sua família, vizinhos, amigos e todos que cruzarem com ele.

O juiz entendeu que, de fato, todos querem a liberdade, entretanto é necessário respeitar a liberdade das demais pessoas que não querem ser expostas ao vírus. Perceba, nesta decisão, que o juiz se preocupou com a dignidade da pessoa humana como um valor comunitário, e não apenas sob a ótica individualista da autonomia da vontade, considerando, inclusive, o direito à vida e à saúde de terceiros.

Argumento jurídico relevante foi apontado: o impetrante não apresentou exame médico comprobatório de que ele não é portador de COVID-19 e o mandado de segurança é uma ação de natureza documental por exigir prova pré-constituída. Além disso, o impetrante não foi considerado titular de direito líquido e certo de não usar a máscara em virtude de todo o ordenamento jurídico protetivo à saúde e mencionou o art. 196 da Constituição Federal que impõe ao Estado o dever de prestar a saúde para todos.

Não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no exercício do poder de polícia por parte do gestor e a imposição de multa obedece a todo um cabedal de normas destinadas a este momento trágico da história humana.

Por fim, o impetrante requereu a gratuidade judiciária. Presumo que não disponha de condições financeiras para suportar custas e despesas processuais. Se assim o é (e não tenho motivo para desmenti-lo), é razoável imaginar que se acaso restar contaminado pelo temido coronavírus ficará submetido aos tratamentos do SUS e as limitações naturais de um sistema de saúde pública de um país do terceiro mundo (e isto que SC é modelo nacional e Criciúma presta um excelente serviço na medida do possível).

O autor buscou a declaração de ilegalidade e inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 815/2020 e que a autoridade coatora se abstenha de exigir o uso da máscara facial do impetrante durante deslocamento pelo Município

Em São Paulo, em 07 de maio de 2020, o Desembargador Renato Sartorelli, integrante do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou mandado de segurança contra o Decreto Estadual nº 64.959/2020, que obriga o uso da máscara facial em lugares abertos ao público.

Ele mencionou que “no contexto excepcional de uma pandemia global sem precedentes no mundo moderno e sopesando os valores envolvidos, impõe-se privilegiar o interesse da coletividade e a preservação da saúde pública, que exsurtem com envergadura maior no atual cenário de crise, em detrimento do particular”

E, em julho, extinguiu o feito sem julgamento de mérito alegando que o mandado de segurança não é sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em outra oportunidade, o mesmo desembargador apontou que diante de uma situação excepcional de pandemia, a concessão da liminar concedendo a dispensa do uso da máscara faria com que diversos pedidos do gênero fossem pleiteados no Poder Judiciário e lembrou que São Paulo é o epicentro da COVID-19 no Brasil.

Em Brasília, com o advento do decreto nº 40.776/2020, ficou proibida a circulação de pessoas em locais públicos sem o uso da máscara. E de acordo com levantamento feito pela Secretaria DF Legal, em torno de 68 mil pessoas já foram abordadas, 30 mil estabelecimentos foram alvo de vistoria e 61 pessoas foram multadas pelo não uso da máscara. Tal como nos demais Estados, juristas defendem que não há previsão legal para a multa, a qual não poderia ser criada por meio de decreto, ou seja, sem aprovação da Câmara Legislativa do Distrito Federal. (RODRIGUES, 2020)

A súmula 266 do STF impede a impetração de mandado de segurança contra lei em tese, pois o mero ato normativo não compromete, por si só, a fruição dos direitos individuais. A exceção é quando a lei ou decreto possui efeitos concretos, que são aqueles que trazem em si o resultado pretendido, como as que criam municípios ou desmembram distritos, que desapropriam bens, por exemplo. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 460)

Essa súmula se justifica pelo fato de que a via idônea para contestar uma lei de forma abstrata e genérica é a ação direta de inconstitucionalidade, cuja titularidade se restringe aos legitimados do art. 103 da Constituição Federal. Em virtude da dispensa do uso da máscara não ser um direito líquido e certo, o ideal é que a pessoa que deseje a dispensa busque o seu direito por meio de outras ações que não seja o remédio constitucional, pois enseja uma fase comprobatória e uma manifestação maior do réu. Neste caso, seria possível o controle difuso de constitucionalidade.

O decreto poderia ser considerado inconstitucional em face do mencionado art. 5º, II da Constituição Federal, logo, o uso da máscara é uma questão de consciência coletiva, mas a multa careceria de amparo legal. (RODRIGUES, 2020) A dispensa da máscara em uma pandemia, contudo, é um assunto de importância tão grande que seria válida a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para questionar a constitucionalidade de tais decretos, pois nesta ação há a participação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Agora vejamos os decretos sob o prisma de que eles não são regulamentares, mas, sim, autônomos, logo, passíveis de controle de constitucionalidade pela via de ação direta. Será necessário sopesar o que vale mais assegurar: a formalidade da elaboração legislativa ou a vida e a saúde de uma população dentro do território brasileiro.

De acordo com o Diário de Pernambuco, não havia até 21 de julho de 2020, nenhuma ação direta de inconstitucionalidade contra os decretos impositivos de máscaras, inclusive, o próprio STF obedece ao uso da máscara na Resolução nº 678, de 29 de abril de 2020, que assim dispõe:

CONSIDERANDO a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção facial no Distrito Federal, a partir de 30 de abril de 2020 (Decretos nos 40.583, de 1º de abril de 2020, e 40.648, de 23 de abril de 2020, do Governador do Distrito Federal),
RESOLVE: Art. 1º Fica prorrogado até 15 de maio de 2020 a suspensão dos prazos processuais de processos físicos determinada pelo art. 1º, inc. I, da Resolução nº 670, de 23 de março de 2020.

Algumas questões precisam ser enfrentadas: a primeira é que não cabe controle de constitucionalidade de decreto regulamentar e os decretos estaduais visam regulamentar a Lei nº 13.979/2020, que prevê a determinação compulsória de medidas profiláticas, dentre as quais podem ser incluídas as máscaras faciais.

A tutela da vida e do interesse coletivo configura legítima causa de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Esta conclusão não restringe o direito fundamental do indivíduo, podendo ser realizada tal restrição com fundamento no interesse público, desde que: i) seja fundamentada; ii) seja uma limitação proporcional e iii) atenda aos interesses sociais. O interesse a prevalecer não poderá ser o público e nem o privado, mas o interesse social, beneficiando e contribuindo com a coletividade como um todo. Nesse sentido, havendo o interesse social demonstrado e fundamentada nos textos legais e infralegais a proporcionalidade dos interesses mais relevantes (a vida e a saúde da coletividade) diante da vigilância epidemiológica e saúde pública, permitem que seja o interesse público axiologicamente maior que a liberdade de autodeterminação das pessoas. (ABUD; SOUZA, 2020)

Não é possível declarar a inconstitucionalidade de lei em tese pela via incidental do mandado de segurança em virtude da Súmula 266 do STF. Porém, se em sede de controle concentrado de constitucionalidade tais decretos forem questionados, o STF pode utilizar-se da técnica decisória denominada de inconstitucionalidade pró-futuro, que pode ser aplicada tanto dentro do controle abstrato como no controle difuso de constitucionalidade. Essa técnica permite que a norma declarada inconstitucional permaneça no ordenamento jurídico, entretanto os efeitos da inconstitucionalidade ocorrerão a partir de uma determinada data ou evento futuro, a fim de garantir os efeitos de normas que exigem o uso da máscara até que a pandemia termine. É importante preservar a vida humana, a qual deve estar acima de qualquer questão legislativa formal e do (não) direito líquido e certo de quem deseja não usar a máscara.

CONCLUSÃO

A partir da leitura do presente artigo, é possível concluir que, ainda que os decretos que estabelecem multas para a não utilização da máscara protetiva são autônomos e passíveis de ação direta de inconstitucionalidade, há a possibilidade de eventual modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade pró-futuro, o qual também pode ser efetuado em sede de controle difuso de constitucionalidade em mandado de segurança.

A Organização Mundial da Saúde e o Ministério da Saúde recomendam o uso da máscara protetora facial, a qual tem se tornado essencial em virtude do aumento exponencial de contaminação por coronavírus, uma pandemia que teve alcance mundial e chegou ao Brasil, dizimando, em menos de seis meses, mais de 100.000 vidas. Logo, o Brasil alcançará o número de 200.000.

O coronavírus é de fácil disseminação e uma pessoa contaminada pode contaminar várias outras e, se não há possibilidade de um decreto impor uma penalidade pelo não uso da máscara, na realidade, todas as pessoas têm direito líquido e certo à vida e à saúde.

A saúde é direito de todos e dever do Estado garanti-la, logo, não há como, em plena pandemia, deferir a segurança de dispensa do uso da máscara em virtude de que isso fere o direito à liberdade, à autonomia e à autodeterminação. Dignidade humana pressupõe a autonomia, mas, também, pressupõe o valor comunitário que limita a autonomia quando ela ferir o direito alheio.

Nenhum direito fundamental é absoluto e nem deve ser interpretado isoladamente e, durante a pandemia, não há como concordar que o egoísmo presente em pedidos reivindicados em mandados de segurança para a dispensa do uso seja acolhido, pois isso equivale a estimular demandas neste sentido e colocar em risco a saúde e a vida, as quais também integram o rol de direitos fundamentais, de toda uma população, colocando-a exposta a um vírus mortal.

Não é hora de questionar constitucionalidade, primeiro porque se tratam de decretos regulamentares, os quais apenas regulamentam leis, estas, sim, devem encontrar amparo na Constituição Federal e, segundo, ainda que fossem decretos autônomos, é possível a aplicação da técnica de inconstitucionalidade pró-futuro, ou seja, a retirada do ordenamento jurídico tais decretos, pelo menos, a partir de 31 de dezembro de 2020, que é quando findará o decreto nº 6/2020 que estabeleceu que o Brasil encontra-se em uma situação de calamidade pública.

REFERÊNCIAS

ABUD, Carol de Oliveira; SOUZA, Luciano Pereira. **Uso obrigatório de máscara facial para conter a COVID-19 no Brasil**: limitação legítima ao direito fundamental de autodeterminação. *Revista Vigil Sanit Debate*. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FACCI, Luciano Picanço. **Evolução histórica do mandado de segurança**. 2003. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/evolucao-historica-do-mandado-de-seguranca/>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

GARSCHAGEN, Bruno. **Direitos máximos, deveres mínimos**: o festival de privilégios que assola o Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTO NA CURVA. **Prefeito não pode multar pessoas sem máscaras em MT**. Disponível em: <https://pontonacurva.com.br/administrativo/prefeito-nao-pode-multar-pessoas-sem-mascaras-em-mt/11423>. Acesso em: 06 de agosto de 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RODRIGUES, Marcus. **No DF, 61 pessoas receberam multas por não usar máscaras nas ruas**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/no-df-61-pessoas-receberam-multas-por-nao-usar-mascaras-nas-ruas>. Acesso em: 06 de agosto de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SEVERO, Valdete Souto. Sobre a COVID-19 e as nossas escolhas. In.: TOSTES, Anjuli; MELO FILHO, Hugo. **Quarentena**: reflexões sobre a pandemia. Bauru: Canal 6, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). 2ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Criciúma. **Mandado de Segurança nº 5012341-69.2020.8.24.0020/SC**. Juiz Pedro Aujor Furtado Junior. Julgamento em: 24 de julho de 2020.

TV GLOBO. **RJ estuda protocolo para orientar médicos na decisão de priorizar pacientes por vagas em UTI**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/blog/edimilson->

[avila/post/2020/05/01/rj-estuda-protocolo-para-orientar-medicos-na-decisao-de-quais-pacientes-receberao-leitos-e-respiradores.ghtml](#). Acesso em: 31 de julho de 2020.